

Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *La reforma operada por el Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, sobre la prestación por nacimiento y cuidado de hijos trae consigo una previsión novedosa para fomentar la corresponsabilidad: el subsidio es de cada progenitor, y son prestaciones independientes e intransferibles. Tal previsión perjudica a las familias monoparentales, quienes pueden adicionar su prestación a la que correspondería al otro progenitor.*

Palabras clave: *Prestación por nacimiento y cuidado de hijos. Familia monoparental. Maternidad. Paternidad.*

Abstract: *The reform operated by Royal Decree 6/2019, of March 1, on the benefit for birth and childcare brings with it a new provision, to promote joint responsibility: the subsidy is for each parent, and they are independent and non-transferable benefits. Such a provision harms single-parent families, who can add their benefit to that which would correspond to the other parent.*

Keywords: *Benefit for the birth and care of children. Single parent family. Maternity. Paternity.*

I. Introducción

La Sentencia comentada resuelve el conflicto planteado por la madre (biológica) de una niña, quien es la única progenitora de la familia. La actora es ya beneficiaria de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos (durante las 16 semanas preceptuadas por la norma) y recurre en suplicación la denegación, primero en vía administrativa y, segundo, en primera instancia, la continuidad de su prestación durante 8 semanas más. La negativa del INSS y de la Sentencia del Juzgado de instancia a conceder esta prolongación del subsidio significa privar a esta familia del subsidio que sí podría corresponderle al otro progenitor -de existir éste-. El Tribunal revoca la Sentencia de instancia, estima la demanda y declara el derecho de la madre a acumular 8 semanas adicionales por nacimiento y cuidado de hijo, determinando ello el abono de la prestación correspondiente.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1217/2020, de 6 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 941/2020.

ECLI:ES:TSJPV:2020:396

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Florentino Eguaras Mendiri.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La denegación de la solicitud de la acumulación del subsidio en la vía administrativa

La actora, madre soltera de una hija, solicita la prestación por nacimiento y cuidado de la menor, por ser madre biológica, una concesión que tiene lugar por Resolución de 8 de julio de 2019, en virtud de la cual su prestación se prolonga hasta el día 5 de octubre de 2019. Posteriormente, el 4 de septiembre de 2019, ésta presenta una nueva solicitud del subsidio, con una duración de 8 semanas más, período a disfrutar desde el 6 de octubre de 2019 hasta el 30 de noviembre de 2019. Este período sería el que correspondería a la prestación de la que disfrutaría el otro progenitor, de tratarse de una familia biparental.

Por Resolución del INSS, de 10 de octubre de 2019, se deniega la prestación solicitada entendiendo que ésta no se encuentra en ninguna de las situaciones protegidas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 183 y 318 de la LGSS. Una vez interpuesta reclamación previa, la misma es desestimada por Resolución de 13 de noviembre de 2019.

2. La denegación de la solicitud de la acumulación del subsidio en la primera instancia de la vía judicial

Finalizada la vía administrativa la actora interpone demanda ante el Juzgado de lo Social, y el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao dicta su Sentencia desestimatoria, de fecha de 18 de mayo de 2020, pronunciamiento en el que se absuelve al INSS y a la TGSS y se confirma la vía administrativa.

El juzgador de instancia entiende que la prestación de nacimiento y cuidado de hijos es un derecho intransferible de cada progenitor, por lo que, si solamente existe un progenitor, no concurre ninguna prestación más. A la vista del dictado de la normativa aplicable -el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y la ocupación- entiende el Juez que el derecho es un supuesto de ejercicio único, sin que aparezca aquí ningún elemento de discriminación dado que el integrante de la familia monoparental -sea hombre o mujer- disfruta del beneficio, y este disfrute se efectúa sin posibilidad de transferirlo.

Tras ello, la actora interpone el recurso de suplicación cuya resolución conforma la Sentencia que es objeto de comentario.

IV. Posición de las partes

1. La argumentación de la recurrente en el recurso de suplicación

El recurso de la actora parte de entender que, cuando se implementa por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, una prestación de ocho semanas por nacimiento y cuidado de hijo para el otro progenitor, se está incurriendo en una discriminación para el menor nacido en una familia monoparental, pues ocurre que, mientras las familias con dos progenitores disfrutan de un permiso de 24 semanas, repartidas 16 semanas para la madre y 8 para el progenitor, en éstas el beneficio es exclusivamente de 16 semanas,

restándose derechos fundamentales que afectan al derecho de la igualdad de género y al derecho fundamental de los hijos, que quedan desprotegidos.

Se concluye, en suma, que se conculca un derecho básico de no discriminación en materia de estado civil -ex. art. 14 CE-, intentando reflejarse también la protección tanto de la infancia como de la mujer y el especial cuidado que merecen los elementos grupacionales monoparentales, a lo que se enlaza la protección legislativa de gobiernos autónomos efectuada respecto de las familias monoparentales.

2. La argumentación de la Entidad Gestora en el recurso de suplicación

Por su parte, la Entidad Gestora señala que nos encontramos ante una prestación contributiva que relaciona los arts. 177 a 180 con el art. 48, apartados 4, 5 y 6 del ET, otorgando una ampliación de la prestación a la protección del otro progenitor, pero regulando también un derecho individual de cada trabajador, derecho que no se transfiere al otro titular. Se rechaza, además, que exista cualquier manifestación de discriminación en orden a la mujer.

V. Normativa aplicable al caso

Los preceptos que resultan de aplicación a este conflicto son los reguladores de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos, comenzando primeramente por el art. 177 del TRLGSS -que contempla las situaciones protegidas de este subsidio- precepto que, a su vez, se remite al art. 48 del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores, precepto este último que fue redactado nuevamente tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo.

- *El art. 177 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social*

*art. 177. Situaciones protegidas

A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- *El art. 48 del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores*

1. Al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el artículo 45.1 excepto en los señalados en las letras a) y b), en que se estará a lo pactado. (...)

4. El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil.

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión

obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente.

La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

- *La Disposición Transitoria 13ª Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.*

La redacción del art. 48 TRET en los términos en los que este precepto quedó redactado por el RDL 6/2019, de 1 de marzo no se aplicó hasta el año 2021. En el año 2019 debíamos acudir a la Disposición Transitoria 13ª del TRET que fijaba una aplicación progresiva de este precepto, diferente para los años 2019, 2020 y 2021.

* Disposición transitoria 13ª. Aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo

1. Los apartados 4, 5, y 6 del artículo 48, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, serán de aplicación gradual conforme a las siguientes reglas:

a) En el caso de nacimiento, la madre biológica disfrutará completamente de los periodos de suspensión regulados en el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, desde su entrada en vigor.

b) A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en el caso de nacimiento, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de ocho semanas, de las cuales las dos primeras, deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto.

La madre biológica podrá ceder al otro progenitor un periodo de hasta cuatro semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio. El disfrute de este periodo por el otro progenitor, así como el de las restantes seis semanas, se adecuará a lo dispuesto en el artículo 48.4.

- *La Convención de los Derechos del Niño.*

* Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las

actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

*Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

* Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, incluso del Seguro Social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. 2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

5. Otras disposiciones.

Según el recurrente, se entienden igualmente vulnerados, además, los arts. 1º, 3º, 8º, 10º, 14º y 44º de la Ley Orgánica 3/2007 en materia de igualdad; los arts. 2º, 3º, 12º y 18º del RDL 6/2019, de 1 de marzo; y, en términos generales, el art. 3º del RD 295/2009, de 6 de marzo; la Ley 3/2005, de Protección de la Infancia y Adolescencia; la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2016; la Directiva 96/34; la Directiva 2020/18, cláusula 1, el art. 3 del Tratado de la UE; los arts. 20, 21, 23, 24, 33 y 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; los arts. 10º, 14º y 39º de la Constitución española; el art. 4.2.c) del TRET y finalmente, el art. 3º del Código Civil.

VI. Doctrina básica

La Sentencia estimatoria del recurso se centra en dos puntos esenciales sobre los que se apoyan los Fundamentos Jurídicos 3º a 7º: el primero de ellos, que las normas relativas a los derechos fundamentales -la Convención de los Derechos del Niño, particularmente- prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas; y, el segundo de ellos, que existe en la regulación actual de la prestación por cuidado de hijos -el art. 177 TRLGSS con remisión al art. 48 TRET- una quiebra del principio de igualdad del art. 14 CE, quiebra que bien podría autorizar el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad. La estimación del recurso llega tras justificar y probar únicamente la prevalencia de las normas pero, aún así, el Tribunal insiste en poner de manifiesto también que el art. 48 TRET actual bien podría justificar igualmente el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad.

VII. Parte dispositiva

1. Las normas relativas a los derechos fundamentales prevalecen sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno

La Sala parte de lo previsto en el art. 10.2º de la Constitución, precepto según el cual las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Acuerdos internacionales

sobre las mismas materias ratificados por España, y teniendo en cuenta, a su vez, el art. 96 CE -los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento jurídico- y la Ley 25/2014 de 27 de noviembre, sobre Tratados y Acuerdos internacionales, norma esta última donde se declara la prevalencia de este tipo de normas sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango internacional. Se apoya, asimismo, esta fundamentación en sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en los que se acude a la aplicación directa de los Tratados internacionales y los Convenios internacionales: la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de octubre de 1982, Sentencia 62/82, y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo) de 24 de abril de 2001, recurso 7756/94.

A continuación se alude a lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño: Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención, sin distinción alguna por la condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, debiéndose adoptar todas las medidas para que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares; en segundo término se señala que en todas las medidas que se adopten por las instituciones públicas o tribunales se considerarán primordialmente el interés superior del niño, precisando el art. 18º el máximo empeño en garantizar las obligaciones comunes de los padres respecto a la crianza y el desarrollo del niño, adoptándose todas las medidas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que se reúnan las condiciones requeridas; finalmente, el art. 26º de la Convención establece, asimismo, que las prestaciones de Seguridad Social deben reconocerse teniendo en cuenta la situación del niño y de las personas responsables de su mantenimiento.

Tras ello se hacen propias las conclusiones vertidas por el alto Tribunal, concretamente por la Sala primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de junio de 2010, nº recurso 2629/2019, pronunciamiento que aplica el art. 3º de la mentada Convención.

Finalmente, se apoya también el Tribunal en las Sentencias del Tribunal Supremo de la Sala Cuarta, de 25 de octubre de 2016, recurso nº 3818/15; de 16 de noviembre de 2016, recurso nº 3146/14; y de 14 de diciembre de 2017, nº recurso 2859/16, pronunciamientos éstos en los que mantiene que se ha de respetar, por encima de todo, el interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, de acuerdo a lo establecido en el art. 8º del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y al mandato del art. 39 CE relativo a la protección de la familia y a la infancia.

Concluye el Tribunal, pues, que este designio, el de tal prevalencia, ha de servir como orientación para la solución de cualquier duda exegética, de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas las normas, y atendiendo, también, al espíritu y finalidad de éstas.

Sentado lo anterior, el Fundamento Jurídico Cuarto acude a lo previsto en el actual art. 48º TRET, destacando de la nueva regulación de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos introducida tras el RDL 6/2019, el siguiente dictado: (...) *este derecho -de suspensión del contrato- es individual de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor (...)*. Para el Tribunal, este art. 48 TRET se congenia con tres vías claras: la primera, la protección del menor y, en general, de la infancia; la segunda, la introducción de una medida de igualdad de la mujer; y, la tercera, un elemento de conciliación de la vida familiar.

El Tribunal estima el recurso atendiendo a que, desde el paraguas general de la prohibición de no discriminación, existe una conculcación del derecho de igualdad que

consagra la Convención de los Derechos del niño, por cuanto la atención, el cuidado y el desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto de otros menores que, en situación semejante -pero que estén encuadrados en el modelo de una familia biparental- sí van a recibir, a lo que se añade la rechazable discriminación del menor por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor. Cuando se introduce un período de cuidado o atención para el grupo de hijos/as monoparentales diferente del grupo de las familias biparentales se introduce un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, que queda atendido menos tiempo, y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor. Por tanto, en virtud de lo previsto en el Convenio de los Derechos del niño, el pronunciamiento estima el recurso y concede la prestación en los mismos términos en los que ésta había sido solicitada.

2. La quiebra por parte de la norma del art. 14 CE

No obstante, la Sentencia no finaliza aquí -quizá consciente de necesitar algo más- sino que continúa argumentando acerca de la posibilidad de que la norma incurra en una discriminación que opera respecto a la mujer y también respecto a los fundamentos de la conciliación de la vida familiar, apuntando las razones por las que se sostiene que la norma actual -tal como está redactada- podría ser objeto de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

La primera de estas razones tiene que ver con el hecho de que la mayor parte de los integrantes de las familias monoparentales son mujeres -a este respecto llama a atención la integración en el FJ 7^a de un análisis sociológico de las familias monoparentales, con alusión a datos del INE a fecha de 2019^[1]. Se sostiene a renglón seguido que, cuando el art. 48 establece el disfrute de la suspensión del contrato incorporando al varón o a otro progenitor, de forma indirecta el precepto está perjudicando a la mujer, algo a lo que hay que añadir la particular dificultad de compatibilizar trabajo y cuidado en las familias monoparentales^[2].

VIII. Pasajes decisivos

Llega a decir el Tribunal que, en la redacción del art. 48 TRET:

Se ha pretendido una igualdad entre el hombre y la mujer, pero se ha introducido una nueva brecha que nos sitúa no ante el techo de cristal sino ante el suelo pegajoso y ante una concepción de la igualdad funcionalista que obvia el que las distintas manifestaciones de la misma se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales. Es por ello que los hogares monoparentales, e indirectamente la mujer, queda discriminada.

También estos hogares monoparentales no tienen justificación de recibir un trato en su entorno dispar, pues el estado civil de una persona se introduce como un elemento fundamentalmente determinante de una situación de facto, como son solteros, viudas, o en ruptura matrimonial frente a los que presentan una situación de matrimonio o unión.

(...) los derechos de conciliación y vida familiar reciben un trato dispar entre personas que, partiendo del mismo supuesto, integración de la dinámica de producción en la reproducción, quedan protegidas en mayor forma que al integrarse en dinámicas de familia monoparental.

IX. Comentario

Curiosamente un RDL que tenía por objetivo la garantía de igualdad de trato y oportunidades genera una presunta desigualdad entre familias y, consecuentemente, entre los menores a cargo de tales familias. En el Preámbulo del RDL 6/2019 se contempla claramente que se pretende favorecer -con los cambios implementados- la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo o indirecto por razón de sexo, aludiéndose a que, para ello, la norma equipara -de forma progresiva- la duración de los permisos de nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, avanzándose, así, en la consecución de la igualdad

real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos éstos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Pero la familia a la que se dirige el legislador es, siempre, la familia biparental, sin ambages.

En la fecha en la que se solicita la prestación (octubre de 2019) resulta de aplicación al caso el art. 48.1º, que alude a la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica, y, junto con este precepto, el art. 48.4º, párrafo 2º y la Disposición transitoria 13ª del Texto Refundido del TRET. La gran novedad es que, ahora, ambas disposiciones regulan lo que parecen ser dos prestaciones diferentes -una para cada progenitor- que parten del reconocimiento individual de dos suspensiones del contrato: la primera de ellas, la suspensión del contrato de la madre biológica (durante 16 semanas, de las cuales son obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto), y la segunda de ellas, la suspensión del contrato del que puede disfrutar el otro progenitor, período que desde 2021 ya es de 16 semanas, pero que -ex. DT 13ª TRET- en 2019 tenía una duración de 8 semanas.

La buena noticia de la nueva regulación es que da cumplimiento a un deseo que venía pidiéndose desde hace muchos años por parte la doctrina científica^[3]. Gracias a igualar las suspensiones de los contratos de los progenitores implicados ambos “sufren” también las penalidades anejas al disfrute de la conciliación sobre sus carreras profesionales. La mala noticia de la nueva regulación es que ésta afecta a las familias monoparentales en negativo pues ellas, en principio, no podrían acceder a una prestación de la misma duración que la que tienen las familias biparentales, pues solamente aparece un progenitor como posible beneficiario de la misma.

Siendo cierto lo anterior, es interesante reflexionar sobre esta última afirmación. Lo primero, porque la regulación actual no impide el acceso a la prestación de cuidado de hijos, sino que otorga una prestación por cada progenitor, lo que no es lo mismo y no siempre las familias monoparentales van a encontrarse en situación de desigualdad, tal cual está diseñada la norma, porque actualmente tampoco todas las familias biparentales acceden o tienen posibilidades de acceder a ese subsidio duplicado por cada progenitor exactamente igual al que percibe el primer progenitor.

No olvidemos que nos encontramos ante una prestación contributiva que exige la concurrencia de especiales requisitos que han de aparecer en cada progenitor (arts. 178 TRLGSS) y que la cuantía de la prestación depende del salario efectivamente percibido por cada trabajador-cotizante (art. 179 TRLGSS). Y hay familias biparentales que solamente accederían, también, a un solo subsidio, si uno de ellos fuera muy joven, o cuando uno de ellos no hubiera trabajado nunca, por ejemplo^[4]. Precisamente el subsidio no contributivo pretende paliar la falta de cotización otorgando una prestación no contributiva de cuantía mínima (art. 181 y 182 TRLGSS). También el art. 3.4º del RD 295/2009 de 6 de marzo pone fin, por ejemplo, a una situación de desprotección evidente que aparecía cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia quien, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones.

Tampoco se niega el acceso al subsidio en el futuro, aunque lo cierto es que siempre ha de aparecer un segundo progenitor para que así suceda. Así, si la recurrente del actual conflicto que acumula el subsidio en su persona del otro progenitor en octubre de 2019 tiene pareja en 2021 y ésta decide entonces adoptar a su hija sí podría éste, o ésta, teóricamente, acceder posteriormente a esta misma prestación -por adopción-. Entonces la Entidad Gestora debería denegar la prestación, pues obviamente la misma ya habría sido objeto de disfrute -por una sola persona, de forma acumulada- lo que debiera comprobarse^[5].

Además, en segundo lugar, también hay que tener en cuenta que algunas de las disposiciones privan ya a los dos progenitores de las prestaciones relacionadas con el cuidado de los hijos, sin que pensemos que, en esta situación, se produce una

situación de desequilibrio entre las familias que sí perciben dos prestaciones por cada progenitor, un ejemplo claro es la prestación por cuidado del lactante (art. 184.2º TRLGSS). En casos excepcionales -fallecimiento de a madre- sí se puede, también, ceder la suspensión del contrato en el otro progenitor^[6].

Posiblemente consciente de ello, in fine, el FJ 7º de la Sentencia añade que: (...) *Cierto es que la suspensión del contrato de trabajo tiene una repercusión dentro de la actividad empresarial, pero la integración en un solo progenitor de la acumulación de todo el período de suspensión en un solo trabajador (sic. pero) no deja de ser el mismo disfrute que cuando nos encontramos ante una dualidad de progenitores.(...)*

X. Apunte final

La concesión del subsidio acumulado en sólo un progenitor era difícil. El texto del art. 48 TRET en su nueva redacción operada a través del RDL 6/2019, es bien claro: la suspensión del contrato es un derecho intransferible, y parece elaborar un mecanismo independiente por el que cada beneficiario accede a distinta prestación, aunque todas estas prestaciones se dirigen a satisfacer idéntica finalidad: el cuidado del menor a través de la conciliación que puedan disfrutar los sustentadores de la familia-trabajadores. A pesar de ello, la Sentencia de duplicación estima el recurso y revoca la sentencia de instancia concediendo a la actora la prestación solicitada de forma acumulada a la suya, de manera que estas 8 semanas -la prestación que le correspondería al otro progenitor en 2019- se suman a las 16 semanas de que ya disponía ésta, y lo hace posiblemente a través del único mecanismo posible: unificando la protección y redirigiéndola hacia la cobertura de la familia, aunque lo haga creando un ficticio subsidio del no-progenitor -contributivo-.

El Tribunal aboga, así, por la protección de la menor y por una defensa a ultranza de la familia monoparental, un colectivo especialmente vulnerable, fundamentalmente dirigido por mujeres, y muy necesitado de una atención normativa apropiada de la que ahora carece^[7]. Ello no significa, no obstante, que ello no pueda generar distorsiones en una prestación que es profesional y de nivel contributivo. Sea como fuere, el mismo CGPJ no ha tardado en hacer suyo este pronunciamiento, concediendo, este mismo mes de febrero de 2021, que una Magistrada lo acumule^[8].

Referencias:

1. [^] *Aporta el pronunciamiento los datos del Instituto Nacional de Estadística, según el cual las familias monoparentales constituidas por varones eran 357.900 y por mujeres 1.530.600 hogares. Y se aclara, también, que las familias monoparentales, en una tipología ordinaria, son uno o varios hijos que conviven con solteros, viudos, separados o divorciados.*
2. [^] *Mantiene el Tribunal que: (...) el tiempo de dedicación al menor por parte de ella es superior, porque no lo comparte, ni simultanea ni diacrónicamente lo bifurca; el tiempo de dedicación a la formación y promoción profesional también se merma; la promoción en el empleo y el desarrollo profesional se reduce. La situación de la mujer vuelve a peyorizarse y en la buena apariencia, sin embargo, se vuelve a favorecer a un colectivo, pero aparte (sic.del mismo) se le perjudica.*
3. [^] *Así lo hacía, en 2018, LOPEZ ANIORTE, Mª Carmen, Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija, en Revista española de Derecho del Trabajo, nº 214, 2018.*

4. [^] Los trabajadores por cuenta propia precisan, además, encontrarse al corriente del pago de las cotizaciones para acceder al subsidio (art. 3º RD 295/2009).
5. [^] Comprobación que se lleva a cabo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) de la Comunidad Valenciana, de 3 de marzo de 2020, nº recurso 3837/2018.
6. [^] DT 13ª TRET. (...) a) En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica de conformidad con el artículo 48.4. b) En el caso de nacimiento, el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión inicialmente cedido por la madre biológica aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. c) En el caso de que un progenitor no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la totalidad de 16 semanas, sin que le sea aplicable ninguna limitación del régimen transitorio.(...).
7. [^] Vid, acerca de la necesidad de una protección especial de las familias monoparentales, en GOÑI SEIN, La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer, Temas Laborales, nº 82, 2005.
8. [^] Recientemente -el día 8 de febrero de 2021- el CGPJ ha avalado, también, que una magistrada progenitora única acumule los permisos que la Ley prevé para las familias monoparentales. <http://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-cgpj-avala-que-una-magistrada-progenitora-unica-acumule-los-permisos-por-nacimiento-que-la-ley-preve-para-familias-biparentales/>